

“De la concepción liberal de la propiedad privada inmueble, a la función social y a la función ecológica”

*Leonardo Fabio Pastorino*¹

¹ Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, calle 48 e/ 6 y 7, La Plata, Buenos Aires, Argentina.

Mail de contacto: pastorinoleonardo@yahoo.com.ar

RESUMEN

Este trabajo presenta la evolución conceptual que tuvo el derecho de propiedad. En primer lugar se rememoran los orígenes a fines del Siglo XVIII del derecho de propiedad como derecho natural y el desarrollo de un concepto de derecho individual, absoluto, perpetuo.

En segundo lugar se analiza cómo surgió la primera limitación a esa concepción bajo la fórmula de la función social. Respecto a esta última, el trabajo muestra que no se trata tampoco de un concepto unívoco. En una presentación original del autor se clasifican diversas concepciones en tres grandes opciones que pueden distinguirse por claros efectos o alcances jurídicos diferentes.

Finalmente, se plantea la función ecológica de la propiedad como una función aún no claramente definida en forma universal ni normativa y, con reflejo a las tres posturas definidas para la función social de la propiedad, se trata de delinear el alcance que va adquiriendo o puede alcanzar la función ecológica de la propiedad.

Palabras clave: Propiedad fundiaria. Concepto liberal de la propiedad. Función social de la propiedad. Función ecológica de la propiedad.

ABSTRACT

This paper presents the conceptual evolution of property rights. In first place, it thinks back to the origins of property right as a natural right and the development of the concept as an individual, absolute and perpetual right at the end of 18th century.

In second place, it analyses how the first limitation to this conception arose under the formulation of the social function. In the latter respect, this paper shows it is not a univocal concept either. Doing an original presentation, the author classifies different conceptions into three major options that can be distinguished by clear effects or different legal scopes.

Finally, the ecological function of property is considered as a function not yet clearly defined in an universal or normative way, and, reflecting those three positions defined for the social function of property, it is about delineating the scope that it is acquiring or can reach the ecological function of the property.

Keywords: Real property. Liberal concept of property. Social function of property. Ecological function of property

1. Introducción

Sin ánimo de recopilar los abundantes antecedentes que podrían encontrarse al respecto tanto en nuestro país como en el extranjero, voy a citar uno referido a mis primeras lecturas en materia de derecho ambiental y que, además tiene el valor agregado de haberse publicado en las postrimerías de la reforma constitucional de 1994; época, además, fundacional de nuestro derecho ambiental moderno. En una sintética pero aguda observación del “Derecho Ambiental”, Ariel Barbero (1993) exponía tres problemas y tres riesgos para esa disciplina en ciernes y, entre los tres primeros, “el problema del derecho de propiedad”.

Este curso de postgrado se diseñó, precisamente, para hablar de la propiedad, de sus concepciones y de sus alcances y también para cuestionar o desmitificar la concepción monista de una propiedad calificada como derecho sobre la cosa, “absoluto”, “exclusivo” y por ende “excluyente”, “individual” con tendencias al individualismo, “mercantilista” y negador de funciones esenciales de los bienes que nos brinda la naturaleza y del propio sistema que gobierna a esta última.

Tratamos de profundizar dos ideas que en su bonhomía no dejan de contener un germen revolucionario: ¿corresponde que se consienta que los bienes de la naturaleza y la naturaleza misma sean objeto de derechos apropiativos? ¿El derecho de propiedad privada tiene siempre los mismos alcances o modos de ejercicio, aun cuando se trata de estos bienes provenientes de la naturaleza? Es decir, como lo hicimos para el agua, pensamos si no pueden regularse los recursos en base a derechos de uso (Pastorino, 2013) más que a derechos apropiativos que terminan ofreciendo siempre situaciones de privilegio; y, caso contrario, si se mantienen los recursos naturales bajo la égida de la propiedad, profundizar la idea de Pugliatti (1964) de que no existe una propiedad, una sola forma de concebirla para todas las cosas, sino varias propiedades.

Para aportar a estas preguntas se harán contribuciones vinculadas a los cambios de concepciones sobre el derecho de propiedad con el fin de mostrar que no siempre se habló de este derecho, aún a partir de su concepción más incisivamente monista nacida en la revolución francesa, ni con el mismo alcance ni con la misma función, siendo receptáculo de ideas y definiciones diversas surgidas de la tensión entre la apropiabilidad y el individualismo por un lado y las necesidades sociales por el otro.

2. El derecho de propiedad como un derecho humano, sus razones

Me gusta pensar que las ideas y conceptos más que de un autor, de una norma o de una institución, son hijas e hijos de un tiempo y que la evolución de las mismas viene acompañando acontecimientos sociales y eventos de época que enmarcan o fuerzan un cambio histórico. Por eso intentaré describir la concepción más radical del derecho de propiedad, la que enmarcó una conceptualización de la misma de lo más individualista, absoluta y repulsiva de todo interés social o de

valoraciones ambientales tratando de entender su porqué y qué otras importantes deficiencias de época intentó corregir.

La proclama de dicho derecho como un derecho humano, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, nace, a mi parecer, como una necesidad política y de cambio de régimen para contestar al poder omnímodo del monarca absolutista. No sólo, como también habrá sido, porque garantizar el derecho a la propiedad exclusiva daba germen a un desarrollo capitalista de una sociedad burguesa victoriosa, sino porque era necesario amparar al ciudadano, refugiándolo en el ámbito de “su propiedad”, propiedad – territorio, de los alcances de las persecuciones políticas de un gobierno que, en la falta de contrapoderes, se inclinaba al despotismo y al terror. Al poder absoluto y al sistema aristocrático, también la revolución le opuso bases republicanas. Aunque al decir de Lafaille (1943), por perseguir derechos igualitarios incluyó al dominio entre los derechos del hombre y protestando violentamente contra una injusticia, incurrió en otras tantas.

En efecto, la Declaración se inspiraba en la doctrina de derechos naturales que debían ser vistos como ínsitos y universales y vinculados al desarrollo de la vida y la personalidad. Dicha vida y personalidad, puesta incluso en riesgo por el poder omnímodo, era la que quedaba preservada en el sentido más estricto y físico, en el ámbito de la propiedad que pasaba a ser inviolable. A tal fin, la declaración enuncia que “por ser la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y con la condición de que haya una justa y previa indemnización”. Basta leer el preámbulo para notar la contraposición de estos derechos “naturales” a los poderes fácticos del poder real: “considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del Hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los Gobiernos” se exponen en una declaración solemne los derechos “naturales, inalienables y sagrados” del hombre a fin de que los actos del poder legislativo y del poder ejecutivo los respeten.

Otro trabajo podrá marcar la evolución que el derecho de propiedad tuvo en las siguientes declaraciones internacionales de derechos humanos que, seguramente fueron cambiando al respecto, receptando en cierto modo la crítica a una reafirmación patrimonialista y economicista que alejó el concepto de derecho de propiedad totalmente de toda idea de los valores no patrimoniales que quiso amparar o proteger. Pero lo cierto es que el postulado de la revolución francesa tuvo inicialmente un camino de reafirmación y de exacerbación llevando a la propiedad a ser un derecho preferencial y de los más fuertemente protegidos en los sistemas normativos que de ella fueron tributarios. Pensemos en nuestra Constitución Nacional de 1853 que, a la vez que reconocía la potestad de limitar todos los derechos en los arts. 14 y 28, a la propiedad la calificaba de inviolable (art. 17) junto al domicilio (art.18) lo que me hace aún más pensar en esta

protección preferencial no respecto a cualquier derecho de propiedad, al que luego en “Bourdie” (Fallos, 145:307) la Corte Suprema identificará como todo aquél traducible en un valor patrimonial, sino a la propiedad inmueble, propiedad – territorio – morada que debía garantizar la protección contra los gobernantes tiranos adeptos a la confiscación de bienes con fines de persecución política. Así, otra norma de la misma Carta, en el artículo 17 señala que “la confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal Argentino”.

El célebre Paolo Grossi (1977), ex secretario general del *Istituto di Diritto Agrario Internazionale e Comparato* y actual miembro de la *Corte Costituzionale italiana*, señala citando a Proudhon algunas motivaciones políticas que al nuevo régimen post revolucionario sirvieron para consolidar el concepto de propiedad privada. En una especie de alianza íntima avalada por intereses concurrentes, el nuevo poder defenderá a capa y espada la propiedad porque son los propietarios los sujetos más proclives a conservar el orden impuesto. Se construye una idea del “buen ciudadano” en base al propietario, quien temeroso de perder sus riquezas será quien más cuide el respeto de las leyes. En parte ironizando sobre este elogio al propietario, retoma concepciones extraídas del texto proudhoniano que intentando ser fiel a las ideas de época ensalza el derecho de propiedad que inspira a su titular un sentimiento de seguridad para su futuro, lo tranquiliza y lo hace menos turbulento; lo alienta al trabajo para formar o adquirir más propiedades, al darle la certeza de disfrutar y disponer de ella a voluntad. Para esa concepción decimonónica, los hombres laboriosos serán siempre los mejores ciudadanos, al ser los más útiles a la sociedad y la propiedad llevará al hombre a la conservación de sus bienes por el deseo de transmitirlos a sus hijos, o a sus familiares cercanos, o a sus amigos, se trata, por ende, de unos de los resortes más importantes del amor paternal y de la piedad filial, y satisfaciendo los sentimientos piadosos de padres e hijos, es la causa de promoción de la prosperidad pública. Es bajo la égida del derecho de propiedad que reposa la tranquilidad de todos los habitantes del país y cierra con esta pregunta: “¿Quiénes son los hombres que temen más una depresión política en el estado?”

Un elogio y una alianza que se manifiesta políticamente también en las primeras leyes electorales donde la llamada democracia fue moderada y sólo reservada al voto de los ciudadanos propietarios. Una alianza que, en definitiva, al decir de Grossi, exacerbó, la cultura del “tener” por sobre el “ser”.

Las loas al derecho de propiedad expandieron sus consecuencias retroalimentarias. Se comenzaron a borrar las normas colectivas de propiedad y todo tipo de diversidad de derechos reales preexistentes. El cúmulo de facultades que se le otorgó a la propiedad privada llegó al colmo de reconocer la propia capacidad de destrucción de la cosa. Se pensó que el Estado no debía tener propiedad salvo para esos escasos bienes imprescindibles que llamaron dominio público, por cumplir un interés general. En tal razón, muchos códigos civiles, como el argentino, instauraron como regla que todo bien no definido como

estatal, sería privado y, para completar, tal dominio de los privados no quedaba en la superficie explotada sino que se aventuraba al cielo y al infierno, abarcando los recursos mineros. También por accesión el propietario fue dueño de otros recursos como bosques y todo tipo de vegetales. Las aguas que no formaron cuerpos de agua quedaron también en el ámbito de la propiedad privada y aún hoy el Código Civil y Comercial argentino, en pleno 2015, año de su entrada en vigencia, entiende que un elemento de tal vital importancia puede quedar en manos de los privados.

3. Críticas a la concepción de la propiedad privada, absoluta y exclusiva y alternativas en torno al concepto de función social

Las primeras críticas a la concepción extrema que ve en el derecho de propiedad privada un verdadero señorío excluyente basado sólo en los intereses del propietario y que respecto al resto –incluso al Estado– sólo genera obligaciones de respeto, se hicieron conocer muy prontamente. No es éste un estudio profundo de la propiedad, para un recorrido histórico de distintas concepciones con inclusión de los autores que más aportaron a una crítica a esta concepción nacida en la revolución francesa, puede leerse a Joaquín de Camps Arboix (1953). Por nuestra parte, recordemos a Proudhon, que ya en 1840 escribe su libro para criticar en primer lugar, que se trate de un derecho natural, que se pueda confundir o equiparar a la categoría de otros derechos humanos como la igualdad, a la cual, según el autor, la propiedad niega; y para también cuestionar sus orígenes en la ocupación, siendo que según entiende la única legitimación del derecho de propiedad puede proceder del trabajo. Mientras para nuestro autor la igualdad, la seguridad y la libertad son derechos absolutos porque viven dentro del hombre y no admiten aumento ni disminución porque en la sociedad cada asociado recibe tanto como da, la propiedad vive fuera de la sociedad y no todos los hombres pueden disponer de ellos en forma igual (Proudhon, 1840).

Claramente proclama Proudhon la inconveniencia de la apropiación de la tierra, no viendo diferencias con otros bienes de la naturaleza que entiende no deben ser apropiados, mientras que, en cambio, sí acepta la apropiación de los frutos obtenidos por el trabajo del hombre. También critica la exclusividad territorial, se remonta a otras culturas como las árabes, donde existe posesión, pero no propiedad. Entiende que debe haber acceso de todos, pero también entiende que aunque se reparta en partes iguales con derechos propietarios a todos los habitantes, al poco se vería un nuevo desequilibrio.

Así, se comenzó a repensar la propiedad en relación a la sociedad, teniendo en cuenta que en aquellos años todavía propiedad fundiaria y actividades extractivas y agrarias eran lo preponderante. La tensión se planteó entre acumulación y derechos exclusivos y necesidades colectivas o sociales. Surgieron las ideas colectivistas que buscaron el poder concentrar la tierra en el Estado como garante de la función organizacional y de reparto igualitario y otras ideas

que, queriendo evitar aniquilar la posesión y señorío como motor del desarrollo económico buscaron alternativas a aquellas otras que terminaban prohibiendo algún derecho sobre los bienes por parte de los privados.

En la brevedad de estas páginas no ahondaremos en detalles de la evolución de ideas pero podemos calificar en torno a la frase “función social” tres alternativas:

a) La que se opone a considerar a la propiedad un derecho subjetivo perpetuo, absoluto y surgido del derecho natural, poniendo el acento en la función social.

Se reconoce en Léon Duguit la formulación que dice que la propiedad no es un derecho sino una función social (1918). Para este autor no existe un derecho subjetivo exclusivo del propietario para convertirse en la función social del poseedor del bien. Reconoce en el titular el derecho a servirse del provecho de sus bienes para sus necesidades individuales y en garantía del ejercicio de la libertad individual. Recordemos que Proudhon reconoce como verdaderos derechos humanos la igualdad, la libertad y la seguridad. Pero si el ejercicio del derecho no responde a satisfacer las necesidades individuales ni la libertad individual y se excede contrariando la utilidad colectiva, dicho ejercicio puede ser castigado. Más allá del reconocimiento, entonces, de un derecho individual al ejercicio, se condena la no utilización u obtención de provecho en bienes que se consideran por naturaleza idóneos para cumplir una satisfacción de necesidades sociales. Función, que en este caso, se adaptaría a la definición del diccionario de la Real Academia Española como “tarea que corresponde realizar a una institución”. Para Duguit, se viola la función, la esencia para la que la cosa es apta y descrece en cambio de la teoría de abuso del derecho.

A este esquema también contribuyen las concepciones que poniendo claramente fin al derecho “natural” de propiedad, hacen recobrar en el Estado la titularidad de la misma, por vía del concepto del dominio originario. Postura de la Constitución Mexicana de 1917 que establece: “La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada”. Entonces no es un derecho natural, sino que es el derecho positivo el que crea el derecho de propiedad privada individual y absoluto. Pero no sólo el Estado puede repartir la tierra como dijo la Constitución de Querétaro originalmente a través de la propiedad privada, sino que recobrada como propiedad estatal, la tierra pudo ser distribuida de otras formas, como se hizo a través de los ejidos.

Con esta concepción, se traslada el eje de ponderación de los derechos del propietario a la función que se le reconoce a la cosa, lo que implica legitimar su tenencia sólo en base a la consideración de si el ejercicio de los derechos sobre ésta (ya no necesariamente derechos de propiedad sino de posesión o utilización) responden con su finalidad productiva. Así, la tierra cumple con su función social si es adecuadamente explotada; en tanto es irracional su no uso o abandono. En

tal sentido, también se cita entre las pioneras de esta concepción la Constitución de Weimar que, por primera vez, proclama que la propiedad engendra deberes, cambiando así el eje del derecho natural inviolable que puede justificar también el no producir con la cosa a estos deberes derivados de la función social.

También se considera prioritaria la necesidad de distribución y acceso, máxime en un tiempo donde la actividad agraria era una actividad vital y a la vez de las de más fácil y natural orientación. Esto también se opone a la concepción del derecho natural que más que garantizar el acceso garantizaba el *statu quo* de quien ya resultaba propietario. Por eso, al decir de Vivanco “es indudable que no puede desconocerse un derecho de todos sobre lo que permite vivir a todos” y “si alguien pudiera disponer con exclusividad de tales bienes en detrimento de los demás podría admitirse la facultad de esos sujetos a excluir a los otros del derecho de disponer de alimentos, o sea, de subsistir” (1967, T.II, p.47). Ante la necesidad de distribución, la obligación es por el trabajo personal y no tercerizado y cumplir la finalidad de afincar a la familia rural a su terruño evitando así la migración de desocupados a las ciudades. La tierra *res frugifera*, debe priorizarse para el uso agrario.

Esta posición permite supervisar el fiel acatamiento a la función social, la que si no se realiza aniquila todo derecho a “tener”. Ver, sin más, la explicación en este libro de cómo juega este concepto actualmente en el derecho boliviano.

b) La que aun reconociendo la propiedad privada entiende que la misma se legitima cumpliendo la función social y admite que el Estado puede limitarla o extinguirla pero reconociendo el derecho patrimonial de su titular.

Esta posición no descrece del derecho de propiedad pero lo limita en función del cumplimiento de intereses generales que define el Estado. En tal sentido, no se abroga la posibilidad de quitar el bien de manos de quien incumple la función, pero sí regula mecanismos que facilitan el logro de esos fines, en el campo agrario. Se crean instituciones que facilitan el acceso a la tierra y se privilegia a quien en realidad la hace trabajar y rendir. Esta posición es clara en el Código Civil italiano que entre propietarios y arrendatarios inclina la balanza aumentando el cúmulo de facultades a favor del arrendatario. En Argentina se la aceptó con la ley de arrendamientos de 1948 y el sistema pergeñado para proteger al arrendatario en su articulado substancial y también con el diseño de las Cámaras Paritarias de Conciliación y Arbitraje para arrendamientos y aparcerías.

En esta concepción también se puede poner fin al derecho de propiedad privada por incumplir la función social, definiendo actitudes o supuestos, especialmente de titularidad, en los que la ley entiende dicha función no se cumple. Existen en estos modelos dos conceptos en juego que, en apariencia contradictorios, se concilian en los casos concretos. La propiedad privada como derecho subjetivo e individual (o familiar) se reconoce como impulso al espíritu empresarial, precisamente, a hacer producir los bienes de la tierra en beneficio de la obtención de frutos que son provechosos más allá del interés individual de

quien los obtiene por cumplir fines de alimentación, abrigo, estratégicos, productivos, etc. En cambio se desalienta la no utilización, el desaprovechamiento de esos bienes productivos, las tierras improductivas u ociosas y los modos de titularidad de carácter especulativo o que atentan con la mejor distribución y acceso en las manos que quieren trabajar la tierra. La tierra es “para el que la trabaja” y se fomenta un campo no en pocas manos sino poblado por agricultores. Así, el latifundio, la concentración, la titularidad en sociedades anónimas, las tierras públicas improductivas, son desalentadas.

Se trata de una postura no exenta de tensiones. Expropiaciones, impuestos extraordinarios, congelamiento de arriendos, valuaciones calculadas fuera de las leyes del mercado, repartos dirigidos, son algunos de los tantos mecanismos que se usaron y que no dejaron de cuestionar la fuerte intromisión estatal que aun reconociendo la propiedad privada como derecho y su valor impulsor de riqueza, la tuvieron a raya.

En estos términos receptaba la Constitución Nacional argentina de 1949, luego derogada, la función social de la propiedad en su artículo 38: “La propiedad privada tiene una función social y, en consecuencia, estará sometida a las obligaciones que establezca la ley con fines de bien común. Incumbe al Estado fiscalizar la distribución y la utilización del campo e intervenir con el objeto de desarrollar e incrementar su rendimiento en interés de la comunidad, y procurar a cada labriego o familia labriega la posibilidad de convertirse en propietario de la tierra que cultiva. La expropiación por causa de utilidad pública o interés general debe ser calificada por ley y previamente indemnizada”. Texto que con variantes inspiró a muchas otras de las constituciones provinciales, incluso hasta hoy vigentes, que se recopilan en *Derecho agrario argentino* (Pastorino, 2011).

En esta concepción se empezó a hablar del uso racional de la tierra y de los recursos bajo el concepto de aprovechamiento. Es decir, racional es aprovechar, hacer producir el recurso para lo que es capaz.

c) La función social concebida como limitación reglamentaria.

Finalmente una tercera concepción se encuentra más lavada de intervencionismo, no en el sentido de *laissez faire*, porque el Estado regulará, pero no lo hará poniendo en riesgo el derecho de propiedad mismo. Es una posición que se funda en la teoría del abuso del derecho y que en definitiva, en relación a la tierra, no se plantea tanto el no producir sino el producir en forma tal que pueda obstaculizarse la propia productividad de los recursos.

En el caso argentino esta postura se impuso en un intento intermedio por reconocer que era inadmisibles el uso absolutamente discrecional del propietario pero sin llegar a plantear el ataque frontal al derecho o su aniquilación ni siquiera por la vía expropiatoria. Ya derogada la Constitución de 1949, una reforma más o menos integral del Código Civil, luego de cien años de su redacción, abandonó al respecto la definición del dominio con los extremos del texto original del artículo 2513 que definía el dominio como el derecho del propietario de disponer y

servirse de la cosa, de usarla y gozarla según la voluntad del propietario pudiendo “desnaturalizarla”, degradarla o destruirla. Esta extremista derivación del mal entendido *ius abutendi*, ponía en evidente contradicción este ejercicio del derecho de propiedad con fines sociales pero ya no aquellos de eminente naturaleza económica, sino además, de aquellos que involucraban los aspectos conservativos de bienes que, además de productivos, ahora se percibían como integrantes de un concepto ecosistémico que trascendía el interés individual. El nuevo texto dirá que tales derechos de disponer y servirse, usar y gozar la cosa deberán ser “conformes al ejercicio regular”. Explica el responsable de la reforma que con esa formulación de ejercicio regular se entiende un ejercicio “normal, no abusivo” (Borda, 2008). De ahí la conexión con el llamado abuso del derecho que quedará más a la interpretación judicial que a la otra posible acepción de que se trate de un uso regular conforme a las reglas. Podríamos decir que entonces la reforma busca, no sólo alejarse claramente de la posible afectación del derecho en sí de propiedad, de su carácter permanente e individual, sino, además, de toda posible regulación normativa. A pesar de ello, para Borda en apelación a la función social “cada vez que el derecho de propiedad sea ejercido de una manera antisocial, es decir contraria a los derechos de la comunidad, ese ejercicio será abusivo y no tendrá el amparo de la ley”.

En síntesis, bajo la formulación de la función social se buscó limitar una concepción extremadamente individualista de la propiedad privada que la veía como un derecho natural y por lo tanto de imposible limitación por el derecho positivo. Pero bajo la misma expresión se dieron diferentes acepciones o alternativas de muy diverso voltaje jurídico, las que presentamos en una graduatoria que, entendemos, a la vez recorre un camino histórico desde las posiciones más extremas y más confrontativas con los excesos de la concepción liberal a otras que fueron buscando un equilibrio. Pero no puede soslayarse que dicho recorrido implicó intensas luchas políticas en el campo de la realidad, de revoluciones y de aplicación de reformas agrarias que provocaron resistencias y también en el campo de los discursos y de las ideas políticas. Realidad e idearios, tuvieron, a mi entender, en este campo, un intercambio dialéctico y, como explica Lattuada (1988) al exponer sobre las políticas agrarias prácticas de los partidos políticos argentinos, existió un proceso de filtrado que hizo que a mayor intervención y afectación del derecho de propiedad, mayor resistencia, freno y obstaculización a instituciones radicalizadas.

Si bien el esbozo clasificatorio anterior puede presentarse como original del autor de este trabajo, en apoyo a la idea que lo inspira de que no todas las veces que se habla de función social se lo hace en iguales términos, vayamos en auxilio del gran maestro que precedió las enseñanzas en nuestra misma Cátedra. Antonino Vivanco enseñó que las tendencias orientadas a limitar “acentuadamente” el derecho del propietario, se iniciaron con el extremo de considerar a la propiedad, no un derecho subjetivo sino, una función social.

Entendía Vivanco que la inspiración inicial de esas ideas provenían de Augusto Comte y se basaba en una parábola por la cual el propietario se imagina como un funcionario o magistrado encargado por la sociedad de administrar una parte de la fortuna pública y que, si no logra hacerla producir, se le quita. En otro criterio, sigue Vivanco, la función social se enseña diciendo que la propiedad tiene por naturaleza una misión social, siendo medio para procurar el mayor bien de la sociedad en el uso y disfrute de las cosas y que el propietario no necesita de la anterior delegación sino que, tratándose de una interpretación fundada en la doctrina social de la iglesia, entiende que proviniendo de Dios, se le impone a los propietarios una misión especial y deberes particulares para con los demás hombres y la sociedad. Finalmente, una tercera postura se aparta de las anteriores buscando una ubicación intermedia y entiende que la propiedad es un derecho real y verdadero pero limitado moral y jurídicamente. (Vivanco, 1986). Esta posición sería concordante con lo que luego va a mencionar Barbero (1993), ya entrando al análisis del concepto de propiedad en relación al derecho ambiental, que fue la posición de la Corte Constitucional italiana que llega a negar indemnización por la prohibición de un uso contrario al propósito inherente a la naturaleza de un bien privado que cumple, además, una función ambiental.

4. La función ecológica de la propiedad

Realizado el recorrido breve sobre las concepciones respecto a la función social de la propiedad veamos, entonces, que sucede con la función ecológica.

En primer lugar, debemos decir que aún no se trata de un concepto claramente reconocido ni en el campo de las ideas ni a nivel normativo.

En segundo lugar, que no se trata de un continuo con la función social, es decir, una evolución a partir de aquella, pero sí recepta la base común de que la propiedad absoluta individual de la concepción liberal puede obstaculizar la realización de fines sociales y ambientales. Pero la función ecológica se funda en el reconocimiento de que los bienes deben ser utilizados en modo de respetar la capacidad de carga de los ecosistemas y recursos y, en tal supuesto, hasta puede presentarse como opuesta a la función social cuando ésta está impulsada por fines productivistas.

No depende de un reconocimiento constitucional, que, por otro lado, en el caso argentino lo inferimos pero no es textual; sino que la función ecológica la derivamos de la observación que el nivel de uso de la naturaleza y sus bienes, territorio, espacio e interrelaciones está en un punto de crisis ante el desarrollo económico y social de la población, que, por otro lado, sigue creciendo. Ello impone, reitero, más allá de que lo diga o no una constitución o una ley, que se reconozca que dichos bienes que están a disposición de la humanidad sean usados no contrariando su capacidad de carga ni poniendo en crisis el equilibrio de los factores, bienes y condiciones que se integran en la persecución de un equilibrio evolutivo en el ecosistema.

Ello no obstante, como tenemos pocas páginas para desarrollar la idea, apoyaremos el análisis con nuestro texto constitucional, sin dejar de reiterar que otros países, aún sin reconocimiento expreso al ambiente en sus constituciones, van en igual camino, e incluso, lo están recorriendo en forma más incisiva.

Antes de adentrarme en la norma suprema, también quiero decir que sigo vinculando el concepto de ambiente al de ecosistema (Pastorino, 2005) y prefiero hablar de función ecológica y no ambiental de la propiedad.

La reforma constitucional de 1994 al introducir la cláusula ambiental en su artículo 41 hizo grandes aportes y dio un paso trascendental para la consagración de un derecho ambiental como disciplina autónoma. En lo que al punto que tratamos interesa, fundamental resulta que ha reconocido al lado del derecho de todos a vivir en un ambiente sano y equilibrado, el deber también de todos de preservarlo. También en su segundo párrafo fijó orientaciones precisas para la concreción de la tutela ambiental con deberes específicamente destinados a las autoridades. Es en el punto de los deberes donde creo que nace el orden público ambiental y también la función ecológica de la propiedad porque en la misma Constitución que se consagra el derecho a la propiedad que sigue siendo calificada de inviolable, ahora nace la imposición al propietario de conducirse en su ejercicio de manera tal que su acción proteja el derecho de todos a vivir en un ambiente sano, para lo cual, requisito ineludible es preservar al propio ambiente.

Se trata a mi entender de una obligación que trasciende la norma escrita, la imposición de limitaciones de policía o cualquier otra intervención estatal, es decir, un deber que no espera el cumplimiento del deber propio por parte de las autoridades. Un mandato de autocumplimiento, inspirado, a mi entender en la filosofía de Jonas, explicada en su libro *El principio responsabilidad* publicado por primera vez en alemán en 1979.

Esta postura luego se ve reafirmada en la ley general del ambiente de argentina, ley 25.675 que se auto proclama de orden público e indica que con sus principios debe interpretarse toda la legislación ambiental del país (art. 3). En ella, se definen también los criterios que deben seguir las normas y pautas en materia ambiental que están obligadas a garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable (art. 6).

La idea continúa y cierra su alcance en lo que a la propiedad respecta con el nuevo Código Civil y Comercial de la Argentina que reconoce el llamado "microsistema" de la normativa ambiental y dispone dos interesantes preceptos que estimo son del más alto voltaje y de aún imprevisible dimensión. Por un lado el reconocer que en el ejercicio de los derechos individuales sobre bienes (se supone entonces principalmente derechos reales -entre ellos el estelar dominio- así como cualquier otro derecho que implique disfrutar o usar un bien, como derechos de origen contractual privado y hasta administrativos) no se podrá afectar (mandato en clave asimilable al postulado constitucional de inspiración en

Jonas de autolimitación) el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros (art. 240) y, además, se aplicarán las normativas sobre presupuestos mínimos (ambientales) que responderán a las previsiones antes comentadas (art. 241).

Sólo porque es anterior y más concreta, citamos también la ley de la Provincia de Formosa de 1993, 1060, que en su artículo 5 expresa que “la propiedad tiene una función ambiental y no puede ser fuente de degradación ambiental ni obstáculo para la recuperación y la conservación del ambiente. Se reconocen los derechos adquiridos por los particulares, con arreglo a la ley sobre los elementos naturales y los recursos renovables. Su uso, goce y disposición deberán observar lo dispuesto por esta ley”.

Ahora bien, así como planteamos diversas intensidades para la función social de la propiedad, queda por ver si se puede pensar lo mismo para la función ecológica y me permito anticipar mi opinión y es que seguramente dicha intensidad irá ganando espacio proporcionalmente al avance de la concientización y de la crisis ambiental y será también más fuerte según la valoración que se dé en su caso al valor ambiental protegido.

En primer lugar, aun no compartiendo mi postura de que se trata de un sistema, el de derecho ambiental, completamente de orden público, lo que equivale a reconocerle una valoración superior por parte de la sociedad actual que a otros intereses, especialmente patrimoniales e individuales o que surge de las normas comentadas una derivada imposición de autoregulación o autolimitación; sí parece aceptado, en el estado actual de la cuestión, diría que casi sin oposición, que el Estado puede limitar el ejercicio de la propiedad en miras a respetar el correcto funcionamiento del ambiente por la vía de restricciones de policía o de cualquier otro tipo de normativa. Es decir, llamándola función ecológica de la propiedad o no, parece una realidad indiscutida que se acepte una limitación similar a la de la tercera postura que dimos para la función social de la propiedad, aquella identificada como la represión del abuso del derecho.

Ya entrando en un terreno más fino, no sé si existe consenso cuando esa limitación implica una pérdida de rentabilidad o prohibiciones absolutas que en primera apariencia parezca dejar a los bienes naturales sin posibilidad de aprovechamiento económico. Allí vale el caso y mi crítica al concepto de compensación enunciado en la ley de presupuestos mínimos de bosques nativos, 26.331, que puede abrir una incorrecta interpretación en línea con la consagración de un verdadero derecho subjetivo al pago por el “sacrificio” impuesto al derecho de propiedad individual, perdiendo en cambio sentido la otra interpretación posible, a la que adhiero, de que se trata de restricciones amparadas por el orden público ambiental y no compensables pero que el Estado para la efectividad de su cumplimiento simplemente estimula con un verdadero premio económico.

En el caso de las prohibiciones a ciertas actividades -en realidad éstas existen desde siempre- cuando el Estado ordena territorialmente las actividades económicas y no suelen generar conflicto cuando lo hace en forma previa a la actividad misma. Ahora bien, cuando, en cambio, la actividad ya está en funcionamiento algunos parecen reclamar el ingreso al segundo nivel o segunda interpretación de nuestro equivalente en la función social, es decir se suele reclamar una indemnización o expropiación. Sin embargo, ya existen varios antecedentes de restricciones de este tipo sin ninguna indemnización, precisamente por invocación al orden público. Valen de ejemplo el caso “Ancore” (Ac. 77.608, 19/2/02) donde la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires dispuso que deba cesarse la actividad de un *feed lot* ubicado en el casco urbano de una ciudad sin indemnización por afectación al orden público ambiental. El otro caso es la ley 14.126, de paisaje protegido del Polígono de Tandil, que terminó con la actividad minera en una amplia zona, donde la misma se venía realizando y hasta se dice que dicha actividad fue la que dio origen al desarrollo de la región. En este último caso, entiendo, lo que sucede es que la actividad considerada negativa para el ambiente afecta directamente el bien mismo atentando con su existencia. Sería un caso donde se aplicaría la postura que según Barbero (1993) tiene la Corte Constitucional italiana. La explotación canteril no deja más que oquedades en el paisaje de colinas que, precisamente, la población y el Estado valora en grado superior al rédito económico y de desarrollo que dicha actividad pudiera generar. También se puede observar para ambos casos, que en definitiva, no se aniquila con la restricción el derecho de propiedad mismo. En el primer caso – Ancore- los terrenos en pleno casco urbano seguramente podrán destinarse a un fin inmobiliario habitacional o cualquier otro de alto rendimiento, lo que se restringe es la actividad específica. En el segundo, parece inicialmente más difícil visualizar la alternativa productivista que compense la ecuación económica para el privado pero si pensamos en el concepto de externalidades positivas todo hace aventurar que la protección ambiental declarada debe dar al lugar una protección especial que favorecerá el aprovechamiento con otros fines, tales el turístico, vacacional, urbano regulado o de producciones agrarias en áreas de especial protección ambiental, así como tantas otras que en sinergia pueden generar un modelo sostenible de desarrollo rural que tampoco puede *prima facie* descartarse como más rentable.

Se acaban las páginas auto asignadas en mi función de director del presente. Corresponde entonces hacer alguna conclusión o reflexión final. Hasta aquí, los casos señalados indican un tibio avance sobre el alcance del derecho de propiedad inmueble por vía de restricciones, manifestadas en prohibiciones a veces fuertes y que también pueden constituirse en obligaciones de hacer, a favor de valores ambientales. Pero aun así, se reconoce siempre la propiedad como derecho subjetivo del titular, quien retiene todo aprovechamiento posible más allá de lo que es objeto de restricción. Seguramente la doctrina y la jurisprudencia

deberán afinar conceptos y criterios para poder construir un esquema interpretativo que permita determinar la compatibilización entre los intereses ambientales y los derechos individuales del titular del derecho de propiedad, identificando también diferencias entre situaciones y bienes que, seguramente habilitarán soluciones distintas.

5. Referencias

- Barbero, Ariel. 1993. Derecho Ambiental. En H. Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires, *Elementos de política ambiental*. La Plata.
- Borda, Guillermo. 2008. *Tratado de derecho civil*. Derechos Reales I. 5ª Edición Actualizada y Ampliada por Delfina Borda. La Ley. Buenos Aires.
- De Camps y Arboix, Joaquín. 1953. *La propiedad de la tierra y su función social*. Bosch. Barcelona.
- Duguit, Léon. 1918. *Manuel de droit constitutionnel*. 3ª édition. Ancienne Librairie Fontemoing & Cª, Éditeurs. Paris.
- Grossi, Paolo. 1977. *Un'altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*. Giuffrè Editore. Milano.
- Jonas, Hans. 2002. *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*. 4ª ed. Einaudi. Torino.
- Lafaille, Héctor. 1943. *Derecho Civil*. T.III, vol.1. Compañía Argentina de Editores. Buenos Aires.
- Lattuada, Mario. 1988. *Política agraria y partidos políticos (1946-1983)*. Biblioteca Política Argentina. CEAL. Buenos Aires.
- Pastorino, Leonardo. 2005. *El daño al ambiente*. Lexis Nexis. Buenos Aires.
- Pastorino, Leonardo. 2011. *Derecho agrario argentino*. 2da. edición. AbeledoPerrot. Buenos Aires.
- Pastorino, Leonardo. 2013. Agua: ¿de quién? Ponencia al XXIV Congreso Nacional del Agua, CONAGUA, San Juan, 14 al 18 de junio.
- Proudhon, Pierre J. 1840. *¿Qué es la propiedad?. Acerca de su principio, de su derecho y de su autoridad*. Gómez Pinilla A (traductor, 1910). Sempere y Cª. Editor. Valencia.
- Pugliatti, Salvatore. 1964. *La proprietà nel nuovo diritto*. Giuffrè Editore. Milano.
- Vivanco, Antonino. 1967. *Teoría general de derecho agrario*. Editora Platense. La Plata.
- Vivanco, Antonino. 1986. Propiedad Agraria. *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Driskill, Buenos Aires, XXIII: 450.